

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 29 de abril de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo contra el anuncio y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicio de auxiliar de información, atención al público y control de entradas que resultan necesarios para el normal funcionamiento de las actividades que se desarrollan en los centros de Servicios Sociales, Centros Municipales de Mayores y Centros Culturales adscritos al Distrito de Ciudad Lineal” del Ayuntamiento de Madrid, expediente nº: 300/2020/00853, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 25 y 26 de marzo de 2021, se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio y los Pliegos del contrato referido con un valor estimado de 3.279.163,92 euros.

Segundo.- Con fecha 9 de abril de 2021, tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo, contra el anuncio y los PCAP del contrato por entender que se debe referir la reserva a todos los centros especiales de empleo y no solo a los denominados de iniciativa social por las razones

que expone en el recurso. Afirma tener conocimiento de la Resolución de este Tribunal que contesta pormenorizadamente a sus alegaciones en sentido desestimatorio (Recurso nº 363/2018, Resolución nº 368/2018, de 28 de noviembre de 2018), pero afirma que existen nuevos elementos de juicio y en concreto:

- La cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de la que se deduce la existencia de una duda cierta de ese Tribunal sobre el hecho de que se pueda estar violando el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.
- El informe de la Autoridad Catalana de Competencia (ACC), en el que se pone de manifiesto, como ya adelantaba esta parte, el carácter gravemente restrictivo de la competencia del concepto de “Iniciativa Social”, introducido por referencia a los Centros Especiales de Empleo.
- El informe función consultiva FC 3/2020.- Consulta sobre Centros Especiales de Empleo, de la Comisión Gallega de la Competencia (CGC), que sigue la misma línea adoptada por la Autoridad Catalana de la Competencia.
- La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2021 (asunto C-16/19) que, si bien se refiere al ámbito laboral, determina que no puede haber discriminaciones entre trabajadores con discapacidad.
- El efecto gravemente restrictivo de la competencia que, como ponen de manifiesto los informes de la ACC y la CGC y como ya se indicaba por esta parte, está provocando la aplicación de la figura de los Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Social”.

Añade que no se han cumplido los requerimientos legales de carácter formal en esta licitación y reitera los incumplimientos del recurso de 2018.

Tercero.- En fecha 22 de abril de 2021, se recibió copia del expediente y el informe preceptivo del órgano de contratación al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley

9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en el que expone la normativa que ampara la reserva de los contratos y se solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una asociación representativa de los intereses colectivos de las entidades afectadas *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, la publicación de la convocatoria poniendo los Pliegos a disposición de los interesados en la Plataforma de Contratación del Sector Público tuvo lugar el 26 de marzo de 2021, el recurso se interpuso el 9 de abril de 2021 por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Quinto.- Alega en primer término el recurrente que no se han cumplido con las formalidades de la Disposición Adicional Cuarta 2º de la LCSP: *“En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición”*.

Disposición que en su apartado 1º refiere a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social:

“1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos

CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado”

Por esta omisión solicita la nulidad del procedimiento.

Según el órgano de contratación, en el propio anuncio se afirma que es un contrato reservado remitiendo a los Pliegos donde consta la reserva a favor de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, siendo una irregularidad no invalidante.

Comprueba este Tribunal que en el anuncio figura que es un contrato reservado a Centros Especiales de Empleo y en el Pliego publicado el día siguiente en el propio título figura *“Reservado a Centros Especiales de Empleo D.A. 4ª de la LCSP”*. Igualmente, en el Configuración general del contrato (apdo. 1 Anexo 1 Cuadro Características): *“El presente contrato es un contrato reservado a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social”*. Y en la Habilitación empresarial (apdo. 13 Anexo I Cuadro de Características).

La no cita en el anuncio de la disposición adicional cuarta de la LCSP es en el caso una irregularidad no invalidante , dado que no ha impedido al acto alcanzar su fin ni ha generado indefensión alguna como prueba el propio recurso especial en materia de contratación, siendo de aplicación el artículo 48.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPCAP): *“2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”*.

Afirma también que es obligatoria la inclusión de las empresas de inserción junto a los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, que se omiten en la documentación contractual.

Cuenta el órgano de contratación que se han seguido las prescripciones del Decreto de 31 de enero de 2019, del Delegado del Área de Gobierno de Economía y

Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 1/2019, sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que dispone en su apartado 8.2 del Anexo 1 que *“deberá identificarse si la reserva del contrato, del acuerdo marco o de determinados lotes de los mismos se efectúa específicamente a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, a las empresas de inserción o bien se reserva indistintamente a cualquiera de dichas entidades”*. Consecuentemente la reserva efectuada exclusivamente a favor de los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social se ajusta plenamente a la Instrucción del Ayuntamiento de Madrid.

Entiende este Tribunal que no existe en la redacción de la Disposición Adicional transcrita una obligación de reserva indistinta y conjunta para los Centros Especiales de empleo de Iniciativa Social y las empresas de inserción, sino una habilitación al Consejo de Ministros, a los órganos competentes de Comunidades Autónomas y Entidades Legales para fijar los porcentajes de reserva contractual para Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social y para empresas de inserción. En cumplimiento de esta habilitación la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid estableció en 2020 un porcentaje mínimo de reserva del 2,5% de los contratos que celebre para centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción, dando así cumplimiento a la Adicional Cuarta, como hizo en los años precedentes.

De la literalidad del precepto no se colige una obligación legal que los contratos reservados lo sean conjuntamente para Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y para empresas de inserción, lo que además sería contrario a la diferente naturaleza de ambos tipos de entidades y a la propia restricción que en favor de los mismos realiza la Adicional Cuarta, y se impugna en el presente recurso.

Es la interpretación de la Instrucción 1/2019 de 31 de enero citada que se entiende correcta y se aplica en los Pliegos recurridos.

Reproduce la Confederación los argumentos del recurso de 2018. La convocatoria vulneraría:

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

- Artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación y alcance de la reserva de contratos.

- Artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público sobre libertad de acceso y concurrencia.

Tenemos que remitirnos a las consideraciones de nuestra Resolución 368/2018, de 28 de noviembre de 2018, en aras a la brevedad y para no transcribir textualmente toda su argumentación. Motivación por remisión o “*in aliunde*” admitida por el artículo 88.5 de la LPCAP y reiterada jurisprudencia, sin que sea necesario incorporar el propio texto de la Resolución que ya conoce el recurrente por ser parte en aquél procedimiento. Tal y como dice la Sentencia de 21/12/2005, nº de Recurso: 141/2003 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

“De acuerdo con la sociedad y personas recurrentes el acuerdo del Consejo de Ministros carece de motivación, al no haber incorporado en su propio texto la propuesta del Banco de España a la que se remite. Se apoya esta alegación en lo prevenido en el artículo 89.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP-PAC), que estipula que "la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma". Así, se afirma que como el acuerdo impugnado se limita a señalar en su apartado primero que el Consejo de Ministros "ha adoptado el acuerdo que a continuación se reproduce, haciendo suya la resolución adoptada por el Consejo de Gobierno del Banco de España en su sesión de 28 de febrero que se acompaña", sin incorporar dicha resolución al propio texto del acuerdo, éste carece de motivación que contenga

siquiera una sucinta referencia a hechos o fundamentos de derecho. Esta Sala se ha pronunciado ya con anterioridad sobre la interpretación del artículo 59.5 de la Ley 30/1992 (o del 93.3 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958 , de idéntico tenor) en el sentido de que dicho precepto, en relación con el 103.1 de la Constitución, tiene por objeto garantizar la efectiva motivación de los actos administrativos con exclusión de toda indefensión del administrado, de tal forma que éste pueda conocer de manera real e indubitada las razones que abonan la decisión administrativa. De esta manera, la irregularidad que la no incorporación del texto de un informe o dictamen pueda suponer en su caso, no acarrea la anulabilidad de la resolución siempre que haya quedado garantizado el conocimiento efectivo de dichas razones por parte del administrado y que, por consiguiente, haya quedado excluida su indefensión (Sentencias de 2 de junio de 2.004 -RC 382/2.002-, 29 de octubre de 2.003 -RC 566/1.997- y 19 de enero de 2.001 -RC 410/2.001 -)”.

En cuanto a los nuevos elementos de juicio, consignados en el antecedente Segundo, no son hábiles para modificar el criterio de este Tribunal, que no se encuentra vinculado a informes como los referidos ni al planteamiento de cuestiones prejudiciales, sino a la resolución de las mismas. Tampoco una sentencia del TJUE en el ámbito laboral.

Cita el órgano de contratación igualmente diversas Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales contrarias a sus pretensiones: 510/2019, 860/2018 y 914/2018.

Procede la desestimación del recurso con los mismos fundamentos de nuestra Resolución de 28 de noviembre de 2018.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo contra el anuncio y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Servicio de auxiliar de información, atención al público y control de entradas que resultan necesarios para el normal funcionamiento de las actividades que se desarrollan en los centros de Servicios Sociales, Centros Municipales de Mayores y Centros Culturales adscritos al Distrito de Ciudad Lineal” del Ayuntamiento de Madrid, expediente nº: 300/2020/00853.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.